

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

TITULO: ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS RELACIONADOS CON LOS RECURSOS FORESTALES Y DE FAUNA SILVESTRE Y SU VINCULACIÓN CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS, PRINCIPALMENTE CON EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, EN EL MARCO DE LA DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS AL PODER EJECUTIVO, APROBADA POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA MEDIANTE LA LEY N° 29157, PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

Autor: Paula Legna Alexandra Corrales Trigoso

Asesor: Isabel Calle Valladares

Código de alumno: 20040955

2017

“Análisis de los Decretos Legislativos relacionados con los recursos forestales y de fauna silvestre y su vinculación con los pueblos indígenas, principalmente con el derecho a la consulta previa, en el marco de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley N° 29157, para la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos”

1. RESUMEN

Los Decretos Legislativos relacionados con los recursos forestales y de fauna silvestre y su vinculación con los pueblos indígenas, principalmente con el derecho a la consulta previa, en el marco de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley N° 29157, para la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos presentan dos posturas; por un lado, las mejoras en la gestión ambiental y por otro lado, si dichas mejoras a través de los Decretos Legislativos vulneran los derechos de los pueblos indígenas, principalmente el derecho a la consulta previa.

Cierto es que se ha cuestionado si las medidas legislativas vulneran los derechos de los pueblos indígenas, es que acaso los derechos legislativos, afectan directamente a los pueblos indígenas, entendida esta afectación como un cambio significativo o relevante en la situación jurídica de los pueblos indígenas.

Pues la respuesta dependería del caso en concreto puesto que si la norma es de carácter general, y por ende pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, no se afectaría el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Sin embargo, si los Decretos Legislativos implican una afectación directa a los pueblos indígenas, se vulneraría a todas luces el derecho a la consulta previa.

2. CONTENIDO DEL ARTÍCULO ACADÉMICO

2.1.ANTECEDENTES

2.1.1. Acuerdo de promoción comercial Perú- Estados Unidos (APC) y su protocolo de enmienda

El APC se suscribió el 12 de abril de 2006 y se aprobó por el Congreso de la República del Perú mediante Resolución Legislativa N° 28766, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de junio de 2006. Asimismo, fue ratificado mediante Decreto Supremo N° 030-2006-RE, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de junio de 2006. Posteriormente, fue puesto en ejecución mediante Decreto Supremo N° 009 2009-MINCETUR, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 17 de enero de 2009. Cabe señalar que tiene como fecha de vigencia el 1 de febrero de 2009.

El Protocolo de Enmienda al APC fue suscrito el 25 de junio de 2007 y aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 29054, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 29 de junio de 2007, ratificado mediante Decreto Supremo N° 040-2007-RE publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 3 de julio de 2007.

En el APC se negociaron los siguientes capítulos: Trato Nacional y Acceso a Mercados, Textiles y Vestido, Reglas de Origen, Administración Aduanera y Facilitación del Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Obstáculos Técnicos al Comercio, Defensa Comercial, Contratación Pública, Inversión, Comercio Transfronterizo de Servicios, Servicios financieros, Políticas de Competencia, Telecomunicaciones, Comercio Electrónico, Derechos de Propiedad Intelectual, Laboral, Medio Ambiente, Transparencia, Fortalecimiento de Capacidades Comerciales, Solución de Controversias.

2.1.2. Capítulo 18 del APC: Anexo sobre el manejo del sector forestal

Para el caso en particular, cabe incidir en el capítulo dieciocho del APC el cual versa sobre el “Medio Ambiente” y, especialmente, el Anexo 18.3.4 sobre manejo forestal.

Sobre el capítulo dieciocho, debemos indicar que en el mismo se reconoce que cada parte tiene derechos soberanos y responsabilidades respecto a sus recursos naturales y establece los siguientes objetivos:

“(…)

contribuir a los esfuerzos de las Partes de asegurar que las políticas comerciales y ambientales se apoyen mutuamente, promover la utilización óptima de los recursos de acuerdo con el objetivo del desarrollo sostenible, y esforzarse por fortalecer los vínculos entre las políticas y prácticas comerciales y ambientales de las partes, lo que puede tener lugar a través de cooperación y colaboración ambiental” (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo 2015).

En ese orden de ideas, cada una de las partes debe incorporar en sus relaciones comerciales diversas políticas ambientales para lo cual se establece una serie de compromisos que cada una de las partes debe asumir a fin de asegurar que sus leyes y políticas proporcionen y promuevan altos niveles de protección ambiental. Asimismo, enfatiza el papel y la participación del ciudadano como parte integrante y activa de la política ambiental (reglas de procedimiento, oportunidades de participación del público, solicitudes sobre asuntos de cumplimiento, etc.).

Ahora bien, respecto al Anexo 18.3.4 del mencionado capítulo¹, preliminarmente, debemos indicar que la situación del sector forestal se

¹ Anexo 18.3.4 – Anexo sobre el manejo del sector forestal.-

Las Partes reconocen que el comercio relacionado con la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre, incluido su tráfico, socavan el comercio de productos provenientes de fuentes de tala legal, reducen el valor económico de los recursos naturales y debilitan los esfuerzos para promover la conservación y el manejo sostenible de recursos. Por consiguiente, cada Parte se compromete a combatir el comercio asociado con la tala ilegal y el comercio ilegal de fauna silvestre. Las Partes reconocen que el buen manejo del sector forestal es crucial para promover el valor económico y el manejo sostenible de los recursos forestales. Por consiguiente, cada Parte se compromete a tomar

encontraba sin rumbo y sin el debido respaldo político, lo que generó altos niveles de exportación de madera proveniente de las maderas finas, como por ejemplo caoba y cedro – especies protegidas por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre CITES – de manera fraudulenta. Es así que la incapacidad del control y el aumento de la legalización de madera extraída ilegalmente con documentos que sustentan una procedencia de una concesión legal constituida – lo denominado “blanqueo de madera” – hizo que se viera el tema con mayor sensibilidad y que pese, a que el congreso en el mes de junio del 2006 ya había aprobado el tema del medio ambiente, en junio del 2007, se suscribió el Protocolo de Enmienda al acuerdo, que incorporó modificaciones significativas en el capítulo 18 y la introducción del Anexo 18.3.4.

Luego, el Anexo 18.3.4. versa sobre el manejo del sector forestal, contiene una serie de disposiciones que se deberán implementar respecto al manejo del sector forestal, la biodiversidad y conocimientos tradicionales, y el uso y acceso a los recursos genéticos.

Cabe precisar que las obligaciones que se establecen en el mencionado Anexo solo son de cumplimiento para el Perú y entre las obligaciones más importantes se puede señalar las siguientes (Pulgar 2008: 381-391):

- Aumentar el personal encargado de hacer cumplir la ley en parques nacionales y concesiones, así como en las regiones forestales designadas como áreas indígenas protegidas.
- Plan anticorrupción y transparencia forestal
- Aumento de las sanciones penales contempladas en el artículo 310° del Código Penal
- Mejora en la administración y el manejo de las concesiones forestales

- Complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente para la adjudicación de concesiones
- Identificar claramente las áreas protegidas y las concesiones
- Fortalecer el marco jurídico, normativo e institucional que rige la propiedad forestal
- Monitorear las especies bajo las CITES y la cuota de exportación

2.1.3. Ley N° 29157: Ley que delega en el poder ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú-Estados Unidos, y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento

Mediante la Ley N° 29157, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de diciembre de 2007, el Poder Legislativo delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias específicas – numeral 2.1 del artículo 2° de la Ley 29157, a saber: a) facilitación del comercio, b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado, c) mejora de la justicia en materia comercial y contencioso administrativa, para lo cual se solicitará opinión del Poder Judicial, d) promoción de la inversión privada, e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades, f) promoción del empleo y de las micro pequeñas y medianas empresa, g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental y h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

Asimismo, en el numeral 2.2 del artículo 2 de la Ley N° 29157 se establece que:

“El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento, sin perjuicio de la observación de las disposiciones constitucionales y legales que, sobre

delegación de facultades legislativas, se citan en el artículo 1².”(Subrayado nuestro)

De la lectura de la Ley N° 29157 se puede colegir que la delegación fue realizada con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, su protocolo de enmienda y, el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. Igualmente, se puede señalar que las facultades delegadas fueron otorgadas de manera genérica y con la finalidad de facilitar el comercio, la modernización del Estado, la mejora administrativa de la justicia, la promoción de la inversión privada y al fortalecimiento institucional de la gestión ambiental.

Cierto es que con la entrada en vigencia de la Ley N° 29157, entre el 1 de enero y el 28 de junio del 2008, el Poder Ejecutivo expidió 99 decretos legislativos. Sin embargo y como lo hemos señalado, ante la expedición de una Ley tan general en cuanto a las materias delegables se generó un ambiente de incertidumbre en cuanto la constitucionalidad de los Decretos Legislativos, presentándose tres posturas; la primera de ellas, plantea que el Poder Ejecutivo ejerció las facultades legislativas de una manera extensa y amplia y por lo tanto una gran cantidad de los Decretos Legislativo no se relacionan estrictamente con la facilitación y el cumplimiento del Tratado de Libre Comercio (TLC) con E.E.U.U. o con su aprovechamiento. Una segunda postura, indica que pese a que la delegación de facultades es genérica, los Decretos Legislativos si se vinculan con el cumplimiento del TLC, y finalmente, la tercera postura, y más flexible, considera que la delegación permitía tratar aspectos más allá de tan solo referidos a la implementación.

² Artículo 1° de la Ley N° 29157:

Artículo 1.- Disposición autoritativa general

Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias especificadas en la presente Ley, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, dentro del marco de lo previsto en el segundo párrafo del inciso 4) del artículo 101 y en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, y lo establecido en el inciso d) del numeral 1 del artículo 76 y en el artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República

En relación a este tema debemos indicar que en el presente artículo académico se realizará un análisis de la Ley N° 29157 en concordancia con los Decretos Legislativos materia investigación (Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090). No obstante lo anterior hemos querido dar algunos alcances generales sobre la mencionada Ley.

2.1.4. Decretos Legislativos emitidos bajo el marco de la Ley N° 29157 relacionados con los recursos forestales y de fauna silvestre: Las razones que han llevado a limitar el análisis a los Decretos Legislativos N° 1085 y 1090 y no a considerar los otros decretos legislativos emitidos en el marco de la Ley N° 29157 relacionados al tema de recursos naturales y ambiente

Como hemos señalado bajo los alcances de la Ley N° 29157 el Poder Ejecutivo emitió 99 Decretos Legislativos. Sin embargo el presente trabajo solo se circunscribe a los Decretos Legislativos N° 1085 y el Decreto Legislativo N° 1090, ambos decretos se refieren al recurso forestal y de fauna silvestre y la justificación de dicho límite de análisis se detalla a continuación:

2.1.4.1. Institucionalidad Forestal

Los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090 se emiten en el marco del anexo 18.3.4 “Anexo en materia Forestal”, pero como se encontraba nuestra institucionalidad Forestal y de Fauna Silvestre antes de la emisión de los mencionados Decretos Legislativos, en las próximas líneas plasmaremos los principales hitos en cuanto al recurso forestal y de fauna silvestre.

- Ley Forestal y de Fauna Silvestre aprobada mediante Decreto Ley N° 21147 del 15 de mayo de 1975.- normaba la conservación de

los recursos forestales y de fauna silvestre, así como establecía el régimen de uso y transformación y comercialización de los productos derivados; estableciendo que estos recursos son del dominio público y no hay derechos adquiridos sobre ellos. Igualmente se determinaba que el Ministerio de Agricultura³ era el encargado de normar, regular y controlar la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre y el aprovechamiento de los mismos.

Se estableció; por un lado, que la Dirección General Forestal y de Fauna era el órgano normativo, regulador y de control; y por el otro, que el Instituto Nacional Forestal y de Fauna era el órgano ejecutivo forestal.

No obstante lo anterior, el Decreto Ley N° 21147 presentó deficiencias ya que en lo económico, no estimulaba ni garantizaba la inversión privada, ya que prioriza la actividad empresarial estatista y colectivista cuya experiencia empresarial había sido casi nula. No permitió una efectiva captación de divisas ya que su esencia eminentemente extractiva.

Asimismo, en lo técnico administrativo, no promovió el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre ni la efectiva conservación de las especies.

Y por último, en lo Social, el modelo empresarial propuesto por la Ley no contribuyó significativamente en la generación de empleo, ya que los que existieron en el sector forestal eran aporte del sector privado ni estimulaba la participación organizada de la comunidad, gobiernos locales e instituciones civiles y académicas en labores de preservación y aprovechamiento de los recursos de flora y fauna.

La mencionada Ley fue derogada, luego de 25 años, por la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada mediante Ley N° 27308.

- Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobada mediante Ley N° 27308 del 7 de julio de 2000.- tenía por objeto normar, regular y supervisar el uso

³ Actualmente el nombre del Ministerio de Agricultura ha sido modificado a “Ministerio de Agricultura y Riego”

sostenible y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre en el país. Se muestra un Estado que fomenta la conciencia nacional sobre el manejo responsable de las cuencas, bosques y fauna silvestre, realiza acciones de prevención y recuperación ambiental.

Asimismo, se determina que el Ministerio de Agricultura es el órgano normativo y promotor del uso sostenible y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, mientras que el Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) es el órgano encargado de su gestión y administración.

Principalmente, la Ley N° 27308 buscaba institucionalizar lo siguiente:

- La implementación de un Plan Nacional Forestal que constituya el instrumento directriz de la gestión.
- El ordenamiento forestal en función a los diversos usos que se pueden asignar para los bosques, la productividad del sitio y la capacidad de uso mayor de los suelos.
- El otorgamiento de los derechos forestales maderables mediante concurso público.
- La obligatoriedad de los planes de manejo para todas las modalidades de acceso a los recursos forestales y de fauna silvestre.
- La independencia administrativa y financiera del Organismo de Supervisión Forestal.

Sin embargo, pese a las buenas intenciones, el sector Forestal entro en una situación de caos, descontrol y corrupción debido a lo siguiente:

- Carencia de una clara política forestal.
- Exclusión de la actividad forestal de los regímenes de promoción del sector agrario y la Amazonía.
- Incentivos a la deforestación.
- Incremento de la tala ilegal
- El sistema de contratos menores a mil hectáreas promovió la corrupción y el fraude legal.

- Falta de control y de ordenamiento forestal.
- Ausencia de exigencia para el manejo forestal sostenible.
- Sistema poco transparente de acceso a derechos para el aprovechamiento del bosque.
- Deficiencia en el sistema de concesiones forestales.

Por lo expuesto, se puede concluir que los principales instrumentos normativos del sector forestal antes del 2008, año la emisión de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, mostraban un sector sin rumbo, sin nadie que tome las riendas y afectado por la corrupción. En ese contexto, es que a través de los mencionados Decretos Legislativos, en principio, buscaron mejorar la institucionalidad de los recursos forestales y de fauna silvestre.

En ese orden de ideas corresponde indicar el contenido de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090.

2.1.4.2. Contenido de los Decretos Legislativo.-

Decreto Legislativo N° 1085

Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008, mediante el cual se crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre – OSINFOR, como organismo público ejecutor, con personería jurídica de derecho público interno, encargado de la supervisión y fiscalización del aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque, otorgados por el Estado a través de las diversas modalidades de aprovechamiento reconocidas en la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre (concesiones, permisos y autorizaciones).

Entre los principales temas podemos señalar que se establece que las competencias de OSINFOR no involucran a las Áreas Naturales Protegidas las cuales se rigen por su propia Ley. Asimismo, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, los Comités de Gestión de Bosques, la Policía Nacional y demás órganos del Estado, se encuentran obligados, bajo responsabilidad, a brindar el apoyo al OSINFOR, en su calidad de autoridad nacional en los asuntos de su competencia.

Igualmente, OSINFOR deberá de notificar al Ministerio del Ambiente, cualquier infracción que en el ejercicio de sus funciones detecte en relación a la conservación de los recursos naturales o de la diversidad o de daño actual o potencial al Patrimonio o al ambiente. Finalmente, se establece el Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre, y las infracciones, sanciones y causales de caducidad.

Decreto Legislativo N° 1090

Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008, y mediante el cual se aprueba la Ley de Forestal y de Fauna Silvestre, en virtud de complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente en el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre del país.

Cabe precisar que se establece que la Ley de Forestal y de Fauna Silvestre tiene por objeto normar, regular y supervisar el manejo y aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de la fauna silvestre del país, incluyendo las concesiones de ecoturismo y de conservación, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación, y velando por la conservación y uso sostenible de los recursos forestales y de la fauna silvestre, de acuerdo con lo establecido en los artículos 66° y 67° de la

Constitución Política del Perú; en la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente; y los convenios internacionales vigentes para el país.

En el caso del Decreto Legislativo N° 1090, podemos indicar que dentro de los aspectos más relevantes se encuentra el nombramiento del Ministerio de Agricultura como Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, disponiéndose la posibilidad de delegar en terceros las actividades referidas a la administración y/o control de los recursos forestales y de fauna silvestre. Además, se establece la definición de recursos forestales, de fauna silvestre y de servicios ambientales; así como su promoción y gestión.

Igualmente, se establece el ordenamiento de la superficie forestal y la zonificación forestal, diferenciando bosques de producción, bosques para aprovechamiento, bosques en comunidades campesinas y comunidades nativas, y bosques locales. Se establece el aprovechamiento de los recursos forestales mediante las concesiones forestales con fines maderables, con fines no maderables, los permisos y autorizaciones, el manejo forestal y las especies y diámetros de corte autorizados para extracción.

Luego, se establece las modalidades de manejo y aprovechamiento de los recursos de la fauna silvestre, lo que incluye los recursos en tierras de comunidades campesinas y comunidades nativas.

Se constituye la forestación y reforestación, así como la promoción de la transformación y comercialización de los productos forestales. También se establece la investigación forestal y de fauna silvestre, y el control, infracciones y sanciones. Asimismo, se precisa las causales de caducidad

de los derechos de concesión y las disposiciones sobre la promoción de la industria forestal, y certificación y acreditación.

Hasta el momento, tenemos que el recurso forestal y de fauna silvestre ha sido normado pero no de manera adecuada y ante esta carencia de una norma que genere una sólida defensa y fomente un apropiado aprovechamiento del mencionado recurso, se torna justificado la elección de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, puesto que ambos se encuentran dentro de los alcances del recurso forestal y de fauna silvestre y se emitieron en el contexto de mejorar la gestión del recurso forestal y de fauna silvestre.

Asimismo, siendo que ambos decretos hacen referencia al recurso forestal y de fauna silvestre, para la elección de los mismos ha jugado un aspecto muy importante en cuanto a la participación de los pueblos indígenas sobre los mencionados recursos. Si bien es cierto, el presente trabajo tiene en los siguientes numerales el análisis de los Instrumentos Internacionales respecto a los derechos de los pueblos indígenas, de manera preliminar debemos manifestar que los pueblos indígenas tienen una participación importante en cuanto se refiere recursos naturales, específicamente recursos forestales y de fauna silvestre.

Lo anterior, ya que es inevitable omitir la relación de los mencionados recursos con el día a día de los pueblos indígenas. Así, el bosque⁴, es el

⁴ En el tiempo, año 2008, corresponde indicar la definición de los recursos forestales y de fauna silvestre acogida en la Ley N° 27308:

Artículo 2.- Definición de recursos forestales, de fauna silvestre y de servicios ambientales.

2.1 Son recursos forestales los bosques naturales, plantaciones forestales y las tierras cuya capacidad de uso mayor sea de producción y protección forestal y los demás componentes silvestres de la flora terrestre y acuática emergente, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional.

2.2 Son recursos de fauna silvestre las especies animales no domesticadas que viven libremente y los ejemplares de especies domesticadas que por abandono u otras causas se asimilen en sus hábitos a la vida silvestre, excepto las especies diferentes a los anfibios que nacen en las aguas marinas y continentales que se rigen por sus propias leyes.

2.3 Son servicios ambientales del bosque los que tienen por objeto la protección del suelo, regulación del agua, conservación de la diversidad biológica, conservación de ecosistemas y de la belleza escénica, absorción de dióxido de carbono y en general el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales. (Subrayado nuestro)

espacio más importante para los indígenas, en este espacio el indígena realiza la mayoría de sus actividades ya que es su fuente de subsistencia, también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural. Por ello se puede señalar que el bosque es parte esencial dentro del ámbito social, ancestral y espiritual. Los pueblos en el bosque, cazan, pescan, recolectan, recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites y madera.

Ahora bien, las causas de base de la pérdida de bosques son las pautas insostenibles de consumo, los acuerdos comerciales y la falta de reconocimiento de los valores no económicos de los bosques, así como la falta de participación de los pueblos indígenas y de las comunidades locales en las políticas e instituciones relacionadas con los bosques; es por ello, que ante la falta de claridad en la institucionalidad del recurso forestal y de fauna silvestre, la importancia del recurso forestal y de fauna silvestre para los pueblos indígenas y siendo que los decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090 hace mención a dichos recursos, creación el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre y aprobación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, respectivamente, hemos seleccionado ambos decretos legislativos para ser materia del presente análisis.

2.2. ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N° 1085 Y N° 1090

2.2.1. Sobre el análisis de forma: Posible exceso de facultades legislativas delegadas por el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo a través de la Ley N° 29157

De los Decretos Legislativos.- La legislación delegada consiste en que el Poder Legislativo puede autorizar al Poder Ejecutivo a dictar normas con rango de ley. Asimismo, solo es posible la mencionada delegación dentro de los alcances de lo establecido en el artículo 104° y numeral 4 del artículo 101° de la Constitución, a saber:

“Artículo 104°. El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.” (Énfasis nuestro)

“Artículo 101°. Los miembros de la comisión Permanente del Congreso son elegidos por éste. Su número tiende a ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario y no excede del veinticinco por ciento del número total de congresistas.

Son atribuciones de la Comisión Permanente:

(...)

4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue. No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.” (Énfasis nuestro)

De lo citado, se concluye que la validez de un Decreto Legislativo está limitada a lo que establece la Constitución y la ley autoritativa – materia y plazo -, y es en este contexto que se podría generar supuestos que vulneran lo establecido en el texto constitucional. En el caso que el Poder Legislativo delegue una materia prohibitiva, tanto la Ley autoritativa y por ende, el Decreto Legislativo producto de ella serían inconstitucional.

Otro supuesto, es que la Ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y el Decreto Legislativo se exceda de la materia delegada, con lo cual este último sería inconstitucional.

En ese orden de ideas corresponde analizar la Ley N° 29157 – Ley autoritativa- y luego los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090.

- (i) Análisis de la Ley N° 29157, bajo los alcances del artículo 104° y numeral 4 del artículo 101° de la Constitución.-

El numeral 2.1 del artículo 2° de la Ley Autoritativa, Ley N° 29157, establece lo siguiente:

“La delegación a la que se refiere el artículo 1° tendrá un plazo de ciento ochenta días calendario (180) y comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

- a) Facilitación del comercio;*
- b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado;*
- c) mejora de la justicia en materia comercial y contencioso administrativa, para lo cual se solicitará opinión del Poder Judicial;*
- d) promoción de la inversión privada;*
- e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades;*
- f) promoción del empleo y de las micro pequeñas y medianas empresa;*
- g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y,*
- h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.”*

De lo anterior, se puede concluir que mediante la Ley N° 29157, se estableció un plazo determinado y las materias específicas - según los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú Estados Unidos y su Protocolo de enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento-, razón por la cual se cumple con lo establecido en el artículo 104° de la Constitución.

Ahora bien, de la lectura de las materias de la legación de facultades legislativas, se desprende que no son prohibitivas, en concordancia con lo establecido en numeral 4 el artículo 101° de la Constitución, ya que no versan sobre materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Por todo lo anterior, la ley autoritativa, Ley N° 29159 cumple con los presupuestos establecidos el artículo 104° y el numeral 4 del artículo 101° de la Constitución, careciendo de esta manera de vicios de inconstitucionalidad.

(ii) Análisis de los Decreto Legislativo N° 1085 y N° 1090, bajo los alcances de la Ley N° 29157.-

En el numeral anterior se concluyó que la Ley N° 29157 cumple con los presupuestos establecidos en la Constitución, motivo por el cual corresponde analizar los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090.

(ii.1) Plazo.- Los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090 se publicaron el día 28 de junio de 2008, con lo cual se cumplió con el plazo establecido en la ley autoritativa de 180 días calendario contados desde el 01 de enero de 2008. El plazo para ejercer la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú- Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento venció el mismo 28 de junio de 2008.

(ii.2) Materias específicas.-

En el Decreto Legislativo N° 1085, se señala lo siguiente:

“El Congreso de la República por Ley N° 29157 y de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, entre las que se cuentan el fortalecimiento institucional de la gestión forestal, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda.” (Subrayado nuestro)

Asimismo, en el Decreto Legislativo N° 1090, se establece lo siguiente:

“Que, el Congreso de la República por Ley N° 29157 ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por un plazo de 180 (ciento ochenta) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda; entre las que se encuentra mejorar el marco regulatorio y el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; (...)” (Subrayado nuestro)

Ciertamente, los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, hacen referencia a los literales b) - la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional, simplificación administrativa, modernización del Estado- y g) - y el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental - de las materias de la delegación de facultades legislativas establecidas en la Ley N° 29157.

Respecto a las mencionadas facultades, y conforme ya ha sido establecido por el Tribunal Constitucional⁵, éstas se encuentran referidas a aspectos de gestión, es decir, que comprenden conceptos con la finalidad de combatir la falta de transparencia, el exceso de trámites burocráticos, la desorganización existente dentro de las instituciones públicas, etc.

En ese sentido, el proceso de modernización del Estado debe abarcar aspectos y deficiencias estructurales advertidas en su funcionamiento, de modo que, resolviendo los problemas identificados, mejore la gestión del Estado.

Es así, que mediante los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, se agrega el fortalecimiento institucional de la gestión ambiental⁶, con la finalidad de perfeccionar los mecanismos de aprovechamiento, conservación y custodia de los recursos forestales y de fauna silvestre.

⁵ Sentencia del Expediente N° 0002-2010-PI/TC, fundamento 6.

⁶ Ley 28611, Ley General del Ambiente.-

Artículo 13°.- Del Concepto de Gestión Ambiental

13.1 La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así, una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país.

13.2 La gestión ambiental se rige por los principios establecidos en la presente Ley y en las leyes y otras normas sobre la materia.

Un componente importante en este proceso de modernización de la gestión ambiental resulta ser el eliminar del marco normativo ciertas figuras jurídicas que contribuyen en forma perversa al comercio ilegal de flora y fauna silvestre.

En razón a lo anterior, se expide los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090 con la finalidad de establecer la normativa necesaria para la defensa de los recursos forestales y de fauna silvestre y garantizar los mismos. Es así como se implementan herramientas necesarias para cumplir con el fortalecimiento de la gestión ambiental.

Por todo lo expuesto, los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090 están dentro del marco de la legislación delegada establecida en la Ley N° 29157, y por ende no tienen vicios de inconstitucionalidad por aspectos de forma.

2.2.2. Sobre el análisis de fondo: Sobre el contenido de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090 y si los mismos afectan directamente a los pueblos indígenas

2.2.2.1. Aplicación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Preliminarmente, debemos señalar que la Constitución dispone que los tratados son fuente normativa, en aplicación de su artículo 55°, el mismo que dispone lo siguiente:

“Artículo 55°. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

Es así como la propia Constitución establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano estableciendo como únicas condiciones que el Estado lo haya celebrado y

que el mismo se encuentre vigente. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.

Es preciso resaltar que, si bien el artículo 55° de la Constitución es una regla general para todos los tratados, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución se establece una regla especial para los tratados de derechos humanos, a saber:

“Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

En virtud de lo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado que nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución⁷. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades, y no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55° de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional.”⁸

En ese orden de ideas, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 de la OIT mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 05 de diciembre de 1993, ratificado el 17 de enero de 1994 y registrado ante la OIT el 02 de febrero de 1994, su entrada en

⁷ Sentencia del Expediente N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 22.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33.

vigencia es desde el 02 de febrero de 1995⁹, motivo por el cual el contenido del mismo pasa a ser parte del derecho nacional, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales.

Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Convenio N° 169 de la OIT viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales tanto de los pueblos indígenas como de sus miembros.

2.2.2.2. Aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas

Debemos indicar que con fecha 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó “La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” (en adelante “DUNDPI”), instrumento de derecho internacional que consta de 46 artículos, los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas.

Advertimos, que a diferencia de un tratado, en las declaraciones no cabe la ratificación. Asimismo, las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicabilidad de la DUNDPI al establecer que:

⁹ Artículo 38° del Convenio N° 169 de la OIT.-

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

“(…) al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como soft law, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estado, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes.”¹⁰

En consecuencia la DUNDPI es aplicable en nuestro ordenamiento como instrumento orientador del derecho internacional para el respeto y tutela de los derechos de los pueblos indígenas.

En este punto, quisiera aprovechar la oportunidad para señalar que el Convenio N° 169 de la OIT y la DUNDPI, comparten tres fines comunes, a saber: (i) reconoce el rol de los pueblos indígenas como autores de su propio desarrollo en la medida que son vistos como sujetos de derecho, (ii) reconocen el derecho a la igualdad y a la diferencia e (iii) invitan al dialogo intercultural (Zambrano 2011:213).

Efectivamente, ambos instrumentos deben ser aplicados en nuestro ordenamiento por ser herramientas del derecho internacional para la aplicación e interpretación de los derechos de los pueblos indígenas.

Una vez establecido la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT y la DUNDPI en nuestro ordenamiento corresponde indicar que derechos de dicho cuerpo normativo podrían estar siendo afectados con la emisión de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090.

A. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA¹¹.-

¹⁰Sentencia del Expediente N° 00022-2009-AI, fundamento 7.

¹¹ Siendo que actualmente en nuestro ordenamiento se encuentra vigente la Ley N° 29785 – Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el convenio 169 de la Organización

Respecto al Derecho a la Consulta el artículo 6° del Convenio de la OIT, establece lo siguiente:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de **afectarles directamente**;

(...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de **buena fe** y de una manera apropiada a las circunstancias, **con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.**” (Énfasis nuestro)

Entonces, tenemos que el derecho a la consulta de los pueblos indígenas se realizará cuando la medida legislativa o administrativa afecta directamente a los mismos y que la mencionada consulta deberá estar revestida por la buena fe con la finalidad de establecer un acuerdo o lograr el consentimiento de la medida propuesta.

En relación a lo expuesto, corresponde analizar el qué consiste el derecho a la consulta, para lo cual citaremos algunas definiciones establecidas en la doctrina (Gamboa 2009 y Peña 2009), a saber:

“Debemos distinguir el derecho a la consulta como un derecho con dos dimensiones, un derecho con un contenido sustancial y un derecho como requisito formal. El derecho con un contenido sustancial se entiende como el respeto a la voluntad de los pueblos indígenas, por ejemplo, cuando deciden si hay o no actividades extractivas sus territorios. (...) El derecho a la consulta como requisito formal, es la obligación del Estado de establecer un procedimiento claro y preciso

Internacional del Trabajo (OIT) y su respectivo reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC, en las presentes referencias se colocara el artículo correspondiente a la normativa vigente.

Artículo 2 Ley N° 29785 – Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocidos en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).- el Derecho a la consulta como “el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afectan directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos.

La consulta a la que hace referencia la presente Ley es implementada de forma obligatoria solo por el Estado”.

en el cual se produzca la manifestación de la voluntad (“consentimiento”) de los pueblos indígenas, en cuanto a las medidas legislativas o administrativas que atañen su forma de vida y desarrollo y que afecten sus derechos territoriales; se otorguen recursos naturales del subsuelo a terceros; se fijen beneficios o se acuerden por los posibles perjuicios derivados de la limitación de sus derechos, entre otros” (Gamboa 2009: 11).

“Es un derecho sustantivo, pero también puede ser identificado como un derecho procesal o de procedimientos que sirve para garantizar los otros derechos” (Peña 2009:136).

Sobre el particular el Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

“(…) el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los interesados de los pueblos indígenas.”¹²

Efectivamente, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas tiene un aspecto sustancia u otro procesal, en la medida que es un derecho en sí mismo y a la vez es un instrumento para el ejercicio de otros derechos.

Ahora bien, para entender el mencionado derecho debemos realizar un análisis de los siguientes aspectos:

a. Sujetos de la consulta¹³.-

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 0022-2009-AI, Fundamento 15.

¹³ En nuestro ordenamiento las definiciones descritas se encuentran consignadas en los siguientes artículos:

- a. Artículo 17° de la Ley N° 29785.- Entidad competente: Las entidades del Estado que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios son las competentes para realizar el proceso de consulta previa, conforme a las etapas que contempla la presente Ley.
- b. Literal g) del Artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 29785.- Entidad promotora.- Entidad pública responsable de dictar la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta en el marco establecido por la Ley y el Reglamento. Las entidades promotoras son:
 - i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.
 - ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
 - iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes.

Los sujetos de la consulta son por un lado, “los gobiernos” y por otro lado, “los pueblos interesados”. Sobre el particular podemos citar lo siguiente:

“Por gobierno debe entenderse las distintas instancias administrativas, instituciones u oficinas de gobierno que componen los gobiernos locales, regionales, nacionales o federales.

(...)

Por “pueblo interesado” se entiende a cada una de las comunidades o pueblos considerados como “indígenas”. En el caso Peruano, incluiremos las Comunidades Campesinas (mayormente localizadas en los Andes) y a las Comunidades Nativas (mayormente localizadas en la Amazonía) que puedan ser afectados por alguna medida que llegue a tomar una instancia del gobierno. Aquí cabe tener en cuenta que el concepto de “pueblo interesado” no se limita a pueblos o comunidades reconocidas formalmente por el gobierno (inscritas en Registros Públicos por ejemplo); sino puede incluirse a pueblos o comunidades no reconocidos: caseríos, anexos, parcialidades, centros poblados, o comunidades en reconocimiento. (Peña 2009: 137)”

En el caso de los actores de la consulta, queda claramente establecido que son: a) el gobierno, que es la entidad obligada a realizar la consulta y b) los pueblos indígenas, quienes son el sujeto del derecho. Sobre los pueblos indígenas, concuerdo con la inclusión de las comunidades nativas y campesinas, en la medida que en nuestro ordenamiento ya existen antecedentes de su reconocimiento como pueblos indígenas a saber: artículo 8° de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de

Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

- c. Artículo 5° de la Ley N° 29785.- Sujetos del derecho a la consulta: Los titulares del derecho a la consulta son los pueblos indígenas u originarios cuyos derechos colectivos pueden verse afectados de forma directa por una medida legislativa o administrativa.
- d. Literal k) del Artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 29785.- Pueblo Indígena u Originario: Pueblo que descende de poblaciones que habitan en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservando todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7° de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios. Las denominaciones empleadas para designar a los pueblos indígenas no alteran su naturaleza, ni sus derechos colectivos. En adelante se utilizará la expresión “pueblos indígenas” para referirse a “pueblos indígena u originario”.

Selva y Ceja de Selva, aprobada por Decreto Ley N° 22175 y el artículo 2° de la Ley N° 24656, Ley de la Comunidades Campesinas.

b. Objeto de la consulta.-

Debe ser sometida a consulta cualquier medida legislativa o administrativa del Estado susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, antes de su adopción.

En este punto debemos indicar que se entiende por medida legislativa o administrativa y que se entiende por afectación directa.

En lo que respecta al primer punto, se debe entender por medida legislativa a las normas con rango de ley. Por su parte se debe entender, medida administrativa, a las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin.

En lo que respecta al segundo punto, la afectación directa a los pueblos indígenas, implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de los mismos. Asimismo la palabra “afectación” no puede entenderse como daño sino como capacidad de modificar o cambiar la mencionada situación de manera positiva o negativa. (Lanegra 2010:80).

No obstante lo anterior, resulta sumamente complejo identificar cuando una medida legislativa, a diferencia de una medida administrativa, afecta directamente a un pueblo indígena, ante este problema, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando lo siguiente:

“(…) pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectar directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.”¹⁴

Igualmente, y tal como sucede en la Sentencia citada, los Decretos materia de análisis en el presente caso, Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, contiene normas de alcance general, con lo cual no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecer, ya que en principio los mencionados Decretos contiene obligaciones para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre temas que a su vez son de alcance general, por ello la importancia que luego del análisis general, tendrá que determinarse si el mencionado Decreto afecta directamente a los pueblos indígenas.

c. El proceso de la consulta¹⁵.-

Sobre el proceso de la consulta en Tribunal Constitucional ha brindado algunas pautas para que se configure, a saber¹⁶:

- (i) Identificar la medida legislativa o administrativa que puede ser afectar directamente a un pueblo indígena por la entidad que desarrolla tal medida.

¹⁴Sentencia del Expediente N° 00022-2009-AI, fundamento 21.

¹⁵Cabe precisar que actualmente el proceso de consulta se encuentra normado mediante el Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho de Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N° 169 de la OIT, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2012-MC.

¹⁶Sentencia del Expediente N° 00022-2009-AI, fundamento 41.

- (ii) Identificar a todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles la medida y la posible afectación.
- (iii) Brindar un plazo para razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión, para luego pasar a la negociación.
- (iv) Concluir con la negociación, si el pueblo indígena está de acuerdo con la medida.
- (v) Iniciar una segunda etapa de negociación, si el pueblo indígena rechaza la medida. Si pese, a los esfuerzos realizados por la partes, no se alcanzara conceso alguno, solo el Estado podría implementar la medida.

En ese sentido, pese a que no existía una norma que nos señale el proceso de la consulta, el Tribunal constitucional comenzó a esbozar los pasos del proceso de la consulta.

Siguiendo con el análisis del derecho a la consulta, en el Convenio N° 169 de la OIT, el derecho a la consulta también se encuentra consagrado en artículo 15°, donde la consulta se circunscribe a la realización de actividades en los territorios indígenas que puedan eventualmente afectarlos y en el artículo 17° donde se relaciona con cambios en la transmisión de sus derechos sobre sus tierras a personas fuera de la comunidad¹⁷.

¹⁷Artículos del Convenio N° 169 de la OIT en los cuales se menciona que el proceso de consulta puede aplicarse a distintas situaciones que afectan los derechos de los pueblos indígenas:

Artículo 15°

(...)

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...)

Artículo 17°

(...)

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

Sobre la contravención de la DNUDPI, debo manifestar que considero que los artículos en los cuales se aborda la supuesta contravención de la mencionada Declaración, para el caso en particular, son el 19° (para el caso de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten) y 32° (para el caso específico de proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos)¹⁸.

Finalmente, y en aras de ir perfilando el análisis de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, respecto a la supuesta vulneración del derecho a la consulta, se debe precisar que el contenido constitucionalmente protegido del mencionada derecho¹⁹ es el acceso a la consulta, el respeto de las características esenciales del proceso de consulta y la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta.

Por todo lo expuesto, desde un análisis de fondo de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, se estarían vulnerando el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, si es que dichas medidas legislativas afecta directamente a los pueblos indígenas y pese a ello no se ha realizado la consulta previa; es decir, que para determinar la inconstitucionalidad de los mencionados Decretos, se debe evaluar si el contenido del mismo genera cambios relevantes y directos en la

¹⁸Artículo 19° de la DNUDIP

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten.

Artículo 32° de la DNUDIP

1.Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2.Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de sus recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3.Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

¹⁹ Sentencia del Expediente N° 00022-2009-AI, fundamento 37.

situación jurídica de los pueblos indígenas, ya sea de manera positiva o negativa.

B. DERECHO DE SUS TIERRAS.-

Respeto al derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas, debemos indicar que la relación de los pueblos indígenas con su territorio es intensa y para lo cual me permito citar lo siguiente:

“Los pueblos indígenas tienen una relación muy profunda con el territorio. Cada pueblo tiene una concepción particular sobre su territorio, pero todos comparten la idea de que el territorio tiene un significado colectivo material y espiritual. Su pasado está inscrito en el territorio y su futuro como pueblos y culturas depende de que lo conserven. Ello le otorga el carácter de ‘territorio ancestral’, en la medida que la relación con su territorio es anterior a la formación de los Estado-naciones y va más allá de las personas o individuos concretos. Se trata del espacio que han compartido los antepasados, el lugar con el que se identifican y que forma parte de su identidad y espíritu colectivo. Pero también es el espacio que les proporciona todo lo indispensable para sobrevivir como pueblos” (Urteaga 2008:5).

Efectivamente, lo anterior es recogido por el Convenio N° 169 de la OIT y es a partir de ello que se consigna que respecto al derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras²⁰ que tradicionalmente ocupan.

En ese orden de ideas, los gobiernos deberán tomar las medidas necesarias para identificar las tierras que los miembros de los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de estos derechos.

Un claro ejemplo de este deber se traduce en el otorgamiento de títulos de propiedad, en la resolución de conflictos de linderos, en hacer

²⁰Existe una diferencia conceptual importante entre territorio y tierras. El territorio es un área geográfica bajo el control de un pueblo. La tierra es un área dentro del territorio que puede ser de propiedad de un individuo o persona jurídica. Los pueblos tienen un derecho colectivo sobre el territorio, mientras los individuos o personas jurídicas tienen un derecho individual sobre la tierra. Para evitar que se malinterpreten estos términos, el Convenio 169 ha buscado unificarlos estableciendo un concepto de tierra que incluye el territorio y el hábitat, como relacionados a la tenencia y propiedad de los pueblos indígena.

partícipes a los miembros de los pueblos indígenas de estos procedimientos a través de un adecuado proceso de consulta y en dictar medidas efectivas oportunas, reales y prácticas dentro del sistema jurídico, que permitan la reivindicación de sus tierras.

Igualmente, el derecho de utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (pesca, caza, recolección, etc.) Para ello, los gobiernos deberán tomar medidas con la finalidad de salvaguardar este derecho y prestar particular atención a la situación de los pueblos nómadas y los agricultores itinerantes.

Por todo lo expuesto, desde un análisis de fondo de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, se estaría vulnerando el derecho de tierras de los pueblos indígenas, si es que dicha medida legislativa contraviene los derechos de propiedad y posesión respecto de las mismas.

C. DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL.-

Se entiende por entidad étnica y cultural, para lo cual citamos lo siguiente:

“La entidad étnica se refiere a los rasgos que son propios del sujeto (los pueblos indígenas y sus miembros) y que comparten con los demás que pertenecen a su etnia. Este concepto de identidad étnica tiene dos componentes: el primer consiste en que cada ser humano tiene derecho a mantener sus rasgos étnicos como un valor propio, tanto en sí mismo como con relación a todos los demás seres humanos que los comparten; mientras que el segundo, es que tiene derecho a que su etnia sea considerada como un valor particular y distinto, perteneciente al acervo de valores de la humanidad, tanto en la sociedad en la que vive como en el mundo entendido globalmente.

La entidad cultural es análoga a la identidad étnica, pero se refiere esta vez a la pertenencia cultural de la persona, es decir, a su cosmovisión de la vida. La cultura es en definitiva la manera de vivir y como tal, forma parte esencial de la

persona, de su libertad de opinión y de expresión, así como también de la cabal formación de su personalidad” (Defensoría del Pueblo 2004: 37).

Asimismo, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional²¹, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural. Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbre y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo.²²

En ese sentido, no encontraríamos ante la vulneración del derecho de identidad étnica y cultural, establecidos en el numeral 19 del artículo 2° de la Constitución, cuando no se respeten las costumbres y tradiciones propias de la etnia.

Para la identificación de la vulneración del mencionado derecho, el Tribunal Constitucional señaló algunas de sus manifestaciones : a. El derecho a decidir sobre su propio destino, b. El respeto de sus formas de organización, c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y pueda afectarles, d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles.

D. DERECHO A PARTICIPAR EN LA EJECUCIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS QUE LOS AFECTEN DIRECTAMENTE.-

²¹Sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21.

²²Sentencia del Expediente N° 00022-2009-AI, fundamento 5.

Para efectos del presente análisis, el derecho de participación consiste en la intervención de los pueblos indígenas en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de desarrollo nacional o regional que les pueden afectar. No solo en la fase inicial, como en el derecho de consulta previa, sino en todo el ciclo.

El objetivo sustantivo del derecho participativo es que a través de la intervención de los pueblos se asegure que las políticas, programas o proyectos a adoptarse por el Estado estén plasmadas las prioridades de desarrollo de tales pueblos, que los proyectos priorices el mejoramiento de la vida de dichos pueblos, y que no se afecte su integridad. (Yrigoyen 2011: 30)

Por todo ello, desde un análisis de fondo de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, se estaría vulnerando el derecho a participar en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente a los pueblos indígenas, si es que se ha omitido la intervención de los pueblos indígenas en la elaboración, aplicación y evaluación del mencionado Decreto. Ciertamente, nuevamente nos encontramos ante la vulneración de un derecho, siempre y cuando, con la emisión de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090, se afecte directamente a los pueblos indígenas.

2.2.2.3. Análisis de los derechos de los Pueblos Indígenas con relación al contenido de los Decretos Legislativos N° 1085 y N° 1090

2.2.2.3.1 Análisis del Decreto Legislativo N° 1085

El Decreto Legislativo N° 1085, se ubica en el contexto de la necesidad de fortalecer la institucionalidad de la gestión forestal.

Para dichos efectos, en el Decreto Legislativo N° 1085 se consigna lo siguiente:

- (i) Se crea el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre OSINFOR, como organismo público ejecutor con personería jurídica de derecho público interno y adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (artículo 1°).
- (ii) Se establece que OSINFOR es la entidad encargada de la supervisión y fiscalización del aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales provenientes del bosque. Asimismo, se indica que las competencias de OSINFOR no involucran las Áreas Naturales Protegidas (artículo 2).
- (iii) Se establece las funciones de OSINFOR (artículo 3°), a saber:
 - a. Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de los títulos habilitantes otorgados por el Estado, así como las obligaciones y condiciones contenidas en ellos y en los planes de manejo
 - b. Verificar que el establecimiento de la cuota de exportación anual de especies protegidas cumpla con lo establecido en el ordenamiento interno y en los convenios internacionales.
 - c. Supervisar las inspecciones físicas que realice la autoridad competente para aprobar el plan operativo anual.
 - d. Cumplir con los programas de evaluación quincenal a través de Auditorías a los Planes de Generales de Manejo.
 - e. Dictar las normas o reglamentos que regulen procedimientos a su cargo.
 - f. Declarar la caducidad de los derechos de aprovechamiento contenidos en los títulos habilitantes, según corresponda.
 - g. Ejercer potestad sancionadora en su ámbito de competencia.
 - h. Realizar labores de formación y capacitación a los diversos actores involucrados en el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre.

- (iv) Se establece que los Gobiernos Regionales, Locales, los comités de Gestión de Bosques y demás órganos del Estado se encuentran obligados a brindar apoyo a OSINFOR (artículo 4°).
- (v) OSINFOR deberá de notificar al MIMAN sobre cualquier infracción en relación con la conservación de los recursos naturales o de la biodiversidad (artículo 5°)
- (vi) Se establece la estructura básica (artículo 6°). y administrativa (artículo 7°) de OSINFOR, la misma que está dirigida por un Presidente Ejecutivo.
- (vii) Se establece el Tribunal Forestal y de Fauna Silvestre y s conformación (artículo 8°)
- (viii) Se establece las infracciones, sanciones y causales de caducidad (artículos 9°, 10° y 11°). Asimismo, se establece la capacidad de ejecución coactiva, de recursos, la transferencia automática de la retribución económica y el régimen laboral del personal de OSINFOR (artículos 12°, 13°, 14° y 15°, respectivamente).

Es en este momento donde nos cuestionamos si los citados artículos vulneran los derechos de los pueblos indígenas, es que caso es cierto que la mencionada medida legislativa, afecta directamente a los pueblos indígenas, entendida esta afectación como un cambio significativo o relevante en la situación jurídica de los pueblos indígenas y por ello, antes de la publicación del Decreto Legislativo se debió ejercer el derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas, conforme a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT.

Es caso que uno de los artículos, vulnera el derecho a la consulta por afectar directamente la situación jurídica de los pueblos indígenas, mediante la vulneración de su derecho al territorio ancestral, o su derecho a la identidad étnica y cultural o su derecho a la participación en la ejecución y evaluación de políticas que los afecten directamente.

Pues la respuesta es **no**, en la medida que el Decreto Legislativo N° 1085, es una norma de carácter general, que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los pueblos indígenas, por lo tanto no implica una afectación directa.

Ciertamente, las cuestiones relativas a la competencia, las funciones y la estructura de OSINFOR – materia que regula el Decreto Legislativo N° 1085 - no generan una afectación directa a los pueblos indígenas y por tanto no se cumple la condición necesaria para que se puede exigir la consulta.

Lo anterior se relaciona con los otros derechos supuestamente vulnerados es decir, ciertamente solo se puede señalar que no existe una afectación directa a los pueblos indígenas si no existe una vulneración a sus tierras, a su identidad técnica y a su participación en la ejecución y evaluación de políticas que los afecten directamente. Con ello quiero resaltar el carácter instrumental del derecho a la consulta, en la medida que es un medio esencial para promover el respecto a los otros derechos colectivos que ostentan los pueblos indígenas. En otras palabras, si partiéramos de la idea de la afectación directa a través de la medida legislativa, la única manera de probar tal afectación sería con la afectación de otro derecho y que para el caso en particular sería aquel que contravenga derecho a la identidad étnica y cultural o su derecho a la participación en la ejecución y evaluación de políticas que los afecten directamente.

Luego y en concordancia con lo desarrollado en el presente trabajo el Decreto Legislativo N° 1085 no vulnera en primer lugar, el derecho a las tierras del pueblos indígenas, en la medida que no regula supuesto en el cual la propiedad y posesión de sus tierras de pueda ver afectado.

En segundo lugar, no vulnera el derecho el derecho a la identidad étnica y cultural, en la medida que no existe una contravención respecto a sus costumbres y tradiciones propias de los pueblos indígenas y tercero, no vulnera el derecho a la

participación en la ejecución y evaluación de políticas que los afectan directamente, en la medida que el mencionado Decreto no desarrolla en el marco de una política que afecta directamente a los pueblos indígenas.

2.2.2.3.2 Análisis del Decreto Legislativo N° 1090

El Decreto Legislativo N° 1090, se ubica en el contexto de la necesidad de complementar los mecanismos existentes para implementar un proceso competitivo y transparente en el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre del país, a través de la aprobación de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

Para dichos efectos, en el Decreto Legislativo N° 1090 se establece lo siguiente:

- (i) El objeto de la Ley es normar, regular y supervisar el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de la fauna silvestre del país (artículo 1°)
- (ii) La definición de los recursos forestales, de fauna silvestre y de servicios ambientales (artículo 2°).
- (iii) El Estado promueve el manejo de los recursos forestales y de fauna silvestre y fomenta la conciencia nacional sobre el manejo responsable de las cuencas, de los bosques y de la fauna silvestre. El Ministerio de Agricultura como la Autoridad Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (en adelante “ANFFS”), y los Gobiernos Regionales son los órganos encargados de la gestión y administración de los recursos forestales y de fauna silvestre, dentro del ámbito de su competencia (artículo 3°).
- (iv) El Plan Nacional de Desarrollo Forestal es aprobado por la ANFFS y en el mismo se indican las prioridades, programas operativos y proyectos a ser implementados (artículo 4°).
- (v) El OSINFOR se encarga de la supervisión y fiscalización del aprovechamiento sostenible y la conservación de los recursos forestales y

de fauna silvestre, así como de los servicios ambientales, según la Ley de su creación (artículo 5°).

- (vi) El Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre está constituido por los recursos forestales y de la fauna silvestre mantenidos en su fuente y las tierras cuya capacidad de uso mayor se de protección forestal (artículo 6°).
- (vii) Se establece que el ordenamiento de la superficie forestal del país comprende los bosques de producción, los bosques para el aprovechamiento futuro, los bosques de protección, las áreas naturales protegidas y los bosques en comunidades nativas y campesinas, y, se conceptualiza cada uno de los términos que comprende el ordenamiento de la superficie superficial forestal del país. Asimismo, se establece que la zonificación forestal es la clasificación de las áreas forestales del país que se realiza en base a las Zonificación Ecológica – Económica y de acuerdo a capacidad de uso mayor o su aptitud natural y que la ANFFS elabora y aprueba la zonificación territorial de las áreas forestales del país (artículos 7 y 8° respectivamente).
- (viii) Se establece que el aprovechamiento de los recursos forestales se realiza mediante la concesión y se señala las modalidades de concesión, a saber: concesiones forestales con fines maderables y concesiones con fines no maderables. Igualmente, se indica cuando corresponde un permiso y cuando una autorización (artículos 9 y 10° respectivamente).
- (ix) Se establece que se debe entender por Plan de Manejo Forestal y sus respectivos niveles. También, se determina que la ANFFS las especies y diámetros de corte autorizados para la extracción (artículos 11 y 12° respectivamente).
- (x) Se establece que el manejo de la fauna silvestre se realiza a través de zoológicos, zocriaderos, centros de rescate, centros de custodia temporal, o extracciones sanitarias (artículo 13°).
- (xi) Se establece la forma del aprovechamiento y manejo de los recursos de fauna silvestre (artículo 14°).

- (xii) Se establece que las comunidades nativas y campesina, previo al aprovechamiento de sus recursos forestales y de fauna silvestre, con fines industriales y comerciales, deberán contar con un Plan de Manejo aprobado por la autoridad competente (artículo 15°).
- (xiii) Se establece las garantías de fiel cumplimiento, las causales de caducidad de los derechos de aprovechamiento, la retribución económica por el aprovechamiento de recursos forestales y de fauna silvestre, los contratos con terceros, la transferencia de los derechos de aprovechamiento y la autorización para realizar desbosque (artículos 16°, 17°, 18°, 19°, 20° y 21° respectivamente).
- (xiv) Se establece formas de protección de la flora y fauna silvestre como el inventario, la valoración de la diversidad biológica y los semilleros en los bosques (artículo 22°).
- (xv) Se establece que para la introducción de especies exóticas se necesita la autorización de la ANFFS. Asimismo, esta Autoridad puede declarar la veda de especies (artículo 23°).
- (xvi) Se establece que los titulares de las concesiones de bosques de producción forestal permanente deben evaluar los recursos de fauna silvestre y servicios ambientales existentes en la concesión como parte de su evaluación de impacto ambiental (artículo 24°)
- (xvii) Se establece que en las tierras de aptitud agrícola y pecuaria de la Selva y Ceja de Selva determinada por la ANFFS se deberá de reservar un mínimo de 30% de masa boscosa y una franja no menos de 50 m del cauce de los ríos, espejos de agua y otros similares. Igualmente, que el cambio de uso debe ser autorizado por la ANFFS (artículo 25°).
- (xviii) Se establece que se debe respetar las servidumbres de paso y otros derechos en tierras de propiedad particular, de comunidades campesinas y de instituciones públicas. También se prohíbe la quema de bosques y el uso de la sierra de cadena o equipo que tenga efectos similares. Igualmente, se indica que el Reglamento define las categorías de la

clasificación oficial de las especies de flora y fauna silvestre (artículos 26° y 27°).

- (xix) Se establece la promoción de la forestación y reforestación, de la transformación y comercialización de los productos forestales. Asimismo, la certificación y acreditación por parte de la ANFFS ante casos de aprovechamiento de recursos forestales (artículo 28°, 29°, 30° y 31° respectivamente).
- (xx) Se establece que el Estado promueve la investigación forestal y de fauna silvestre, la autoridad competente autoriza la extracción para la investigación, se implementan mecanismos de indemnización por los servicios ambientales y se declara de interés nacional la investigación en materia forestal y de fauna silvestre (artículos 32°, 33°, 34° y 35°).
- (xxi) Se establece las infracciones pero precisando que la tipificación de las mismas se consignaran en el Reglamento. La ANFFS es la encargada de evaluar y controlar el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre y finalmente, se indica que las infracciones a la Ley y a su Reglamento podrán generar imposición de sanciones de multa, comiso, entre otras (artículos 36 °, 37 °, 38 °, 39 °, 40 ° y 41 °).

Luego, realizamos el mismo cuestionamiento que utilizamos para el caso del análisis del Decreto Legislativo N° 1085, los citados artículos vulneran los derechos de los pueblos indígenas, es que caso es cierto que la mencionada medida legislativa, afecta directamente a los pueblos indígenas, entendida esta afectación como un cambio significativo o relevante en la situación jurídica de los pueblos indígenas y por ello, antes de la publicación del Decreto Legislativo se debió ejercer el derecho de la consulta previa de los pueblos indígenas, conforme a lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT.

Es caso que uno de los artículos o varios de ellos, vulnera el derecho a la consulta por afectar directamente la situación jurídica de los pueblos indígenas, mediante la vulneración de su derecho al territorio ancestral, o su derecho a la identidad étnica

y cultural o su derecho a la participación en la ejecución y evaluación de políticas que los afecten directamente.

En este caso, a diferencia del anterior análisis, considero que la respuesta es **sí**, en la medida que el Decreto Legislativo N° 1090 debió ser consultado a los pueblos indígenas puesto que la emisión de mismo afecta su situación jurídica.

Efectivamente, el Decreto Legislativo N°1090 es inconstitucional por no haber contado con un proceso participativo por parte de los pueblos indígenas afectados tal como lo establecen los artículos 6°, 15° y 17° del Convenio N° 169 de la OIT y los artículos 19°, 30° y 31 de DUNDPI que consagra el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, respecto a las normas que afectan sus derechos, entre ellos el derecho al territorio ancestral, o su derecho a la identidad étnica y cultural o su derecho a la participación en la ejecución y evaluación de políticas.

Lo anterior en virtud de que La norma tiene como propósito normar, regular y supervisar el uso sostenible y la conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre; así lo establece su objeto (artículo 1°). Es decir, conforme se desprende del texto de la norma, esta pretende modificar la legislación forestal, sin embargo para su emisión se omitió la participación de actores principales que se relacionan con el bosque, los pueblos indígenas.

Lo anterior, debido a que las principales actividades, es decir el día a día, de los pueblos indígenas se realiza en el bosque y evidentemente, toda norma que haga referencia al manejo y aprovechamiento de recursos que se encuentran en los bosques generara un cambio significativo o relevante en la situación jurídica de los pueblos indígenas.

Efectivamente, en el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1090 se hace mención al aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre en tierras de los pueblos indígenas. Si bien es cierto que este Decreto, estaría

garantizando un acceso a los pueblos indígenas para el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna en sus territorios, con fines industriales y comerciales, poniendo como requisito contar con su Plan de Manejo aprobado por la autoridad competente, de acuerdo a los requisitos que señale el reglamento, no se hace mención al uso tradicional vulnerando su derecho a la identidad étnica y cultural.

En este sentido, la imposición de obligar a las comunidades campesinas y nativas a contar con un Plan de Manejo aprobado por el Estado en caso de querer explotar con fines comerciales su flora y fauna que siempre han utilizado, escapa de la organización tradicional, que previamente debería ser consultada, por cuanto los fines comerciales pueden ser limitados de distintas ópticas.

Cabe precisar que el soporte técnico del Estado para la elaboración de los Planes de Manejo Forestal para que los pueblos indígenas puedan acceder a los recursos forestales de sus tierras con fines industriales y comerciales no se ha cumplido.

Asimismo, respecto la vulneración del derecho a la identidad étnica y cultura de los pueblos indígenas mediante el artículo 26° de Decreto Legislativo N° 1090 se afecta las prácticas de los pueblos indígenas sobre los bosques, como la roza o la quema, pues prohíbe la quema de bosque a nivel nacional.

Con respecto al aprovechamiento de los recursos forestales, una problemática pendiente del sector es la tala ilegal de los recursos forestales, principal amenaza sobre los territorios de los pueblos indígenas, así como la superposición de concesiones forestales otorgadas a terceros y pese a ese conocimiento de esa problemática y sus consecuencias en sus territorios, los pueblos indígenas ha sido apartados en el proceso de elaboración del Decreto Legislativo N° 1090.

Se suprime el Consejo Nacional Consultivo de Política Forestal, Organismo de más alto nivel de consulta de la Política Forestal en el que los pueblos indígenas tenían 3 representantes, 2 por las comunidades nativas y 1 por las comunidades

campesinas; vulnerando el derecho a la participación en la ejecución y evaluación de políticas que los afecten directamente.

Ahora bien, con el Decreto Legislativo N° 1090 se excluye a las tierras de aptitud forestal con sin bosques del Patrimonio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, de modo que se promueve su uso con fines agropecuarios, facilitándose su cambio de uso. Asimismo, Las tierras de aptitud forestal continúan bajo el régimen de cesión en uso a los pueblos indígenas, no forman parte del derecho de propiedad territorial comunal y consecuentemente, no se garantiza de manera efectiva el derecho de los pueblos indígenas al control y aprovechamiento de sus recursos forestales.

En atención a lo anterior, podemos concluir que este decreto legislativo, que al excluir los recursos forestales del patrimonio de la nación, concordados con el cambio de uso y la ampliación de la frontera agrícola, constituyen una amenaza a la integridad de la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas, a su derecho de identidad cultural, al derecho de participar en sus procesos de desarrollo y a su derecho a ser consultados, a lo que se suma el problema de la institucionalidad, respecto de la extinción del Consejo nacional Consultivo de Política Forestal, donde las comunidades tenían participación.

En ese orden de idea, el Decreto Legislativo N° 1090 es inconstitucional, por un aspecto de fondo, al vulnerar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de la emisión de una norma que los afecta directamente.

3. CONCLUSIONES

Desde mi posición; por un lado, el Decreto Legislativo N° 1085 es constitucional por dos motivos, el primero de ellos, por un aspecto formal, es decir que se encuentra dentro de la legislación delegada establecida por la Ley N° 29157 – ley autoritativa –, en consecuencia cumple con lo establecido en el artículo 104° y el numeral 4 del artículo 101° de la Constitución.

En efecto, mediante este dispositivo legal se mejora el marco regulatorio y se fortalece institucionalmente la gestión ambiental, a través de la creación de OSINFOR.

El segundo motivo, por argumentos de fondo, es que el Decreto Legislativo N° 1085 – medida legislativa - no genera una afectación directa a los pueblos indígenas y, en tal sentido, no se vulnera el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT y consecuentemente su emisión no requería de un proceso de consulta previa.

Cierto es que, mediante el referido dispositivo no se han afectado ninguno de los derechos fundamentales analizados en el presente trabajo, motivo por el cual no era necesario efectuar ningún proceso de consulta, ya que el mismo tiene por finalidad, según lo establecido por el Convenio N° 169 de la OIT, consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas, que puedan afectar directamente sus derechos, lo que no sucede en el presente caso.

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1090 es inconstitucional por un aspecto de fondo, ya que por un aspecto formal, se encuentra dentro de la legislación delegada establecida por la Ley N° 29157 – ley autoritativa –, en consecuencia cumple con lo establecido en el artículo 104° y el numeral 4 del artículo 101° de la Constitución.

En efecto, mediante este dispositivo legal se buscaba mejorar el marco regulatorio y fortalecer institucionalmente la gestión ambiental, evidentemente, a través de la emisión de una Ley Forestal y de Fauna Silvestre se da con el objeto de perfeccionar los

mecanismos de aprovechamiento, conservación y custodia de los recursos forestales y de fauna silvestre.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1090 es inconstitucional por un aspecto de fondo puesto que el mismo no ha sido materia de consulta previa por los pueblos indígenas.

Lo anterior, debido a que luego de la revisión del contenido del Decreto Legislativo N° 1090 se advierte una afectación a la situación jurídica de los pueblos indígenas en el marco de su relación con los recursos forestales y de fauna silvestre.

Efectivamente, mediante el Decreto Legislativo N° 1090 se pretende normar, regular y supervisar el uso sostenible y conservación de los recursos forestales y de fauna silvestre. No obstante lo anterior, para la emisión del mencionado Decreto se ha omitido su consulta a los pueblos indígenas pese a que, conforme lo hemos reiterado en el presente trabajo, el bosque es el lugar donde los pueblos indígenas realizan sus actividades y se encuentran ancestralmente conectados a este.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 1090 regula materias que tienen relación directa con los pueblos indígenas como el aprovechamiento de los recursos forestales y de fauna silvestre en su territorio, razones por las cuales se debió de realizar el proceso de consulta.

4. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO, Alicia

- 2011 “*La institucionalidad indígena en el Perú*”. En *Revista Argumentos*, Año 5, N° 4. Setiembre 2011. Consulta: 18 de setiembre de 2015
http://revistargumentos.org.pe/la_institucionalidad_indigena_en_el_peru.html
ISSN 2076-7722

BARANDIARÁN GÓMEZ, Alberto

- 2008 “*Análisis de la Institucional Ambiental de los Decretos Legislativos de la Implementación del TLC Perú-EE.UU.*” 1era. Edición. Lima.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, comp.

- 2008 TLC Perú-Estados Unidos : contenido y aplicación. Lima: UPC, Fondo Editorial.

CAPELLA, Jose Luis

- 2011 “*La nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre: Proceso de consulta en su aprobación y desafíos para la implementación*”. Punto medio : revista peruana de análisis, prevención y gestión de conflictos, Año 4, N° 4, Lima.

CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA Y APLICACIÓN PRÁCTICA – CAAAP

- 2008 “*Análisis de los Decretos Legislativos que afectan a los Pueblos Indígenas, emitidos por el Poder Ejecutivo en virtud a la Ley N° 29157*”

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)

- 2012 Sentencia del caso del PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2004 “*Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”. Lima.

DERECHO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

- 2012 “*Pueblos Indígenas & REDD. Análisis y recomendaciones para el cumplimiento de los derechos de consulta, territorio y recursos naturales a la*

luz del Derecho Internacional". Sébastian Snoeck, Irene Ramos Uturria.

Lima: DAR.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco José

2008 *Informe Jurídico: "Análisis de la conformidad Constitucional del uso de las Facultades Legislativas otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 29157"*. Elaborado a solicitud de OXFAM América. Lima.

GAMBOA BALDÍN, Cesar Leonidas

2009 *"Retorica Constitucional: Reconociendo los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales en Perú, Ecuador y Bolivia"*. Resumen de la "Memoria de Investigación" para la aprobación del Diploma de Especialización del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Consultado el 18 de setiembre de 2015
<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/7/115.pdf>

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César

2011 *"Alcances de la Consulta Previa en el Convenio 169 y la legislación peruana"*. Punto medio: revista peruana de análisis, prevención y gestión de conflictos, Año 4, N° 4. Lima.

LANEGRA QUISPE, Iván K

2010 *"La construcción democrática de las políticas estatales y los pueblos indígenas: el Derecho a la Consulta en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo"* en *Ius Inter Gentes*, Año 7, N° 7. Lima.

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR Y TURISMO

2008 Acuerdos comerciales del Perú. Consulta: 18 de setiembre 2015
http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=57&Itemid=80

PEÑA JUMPA, Antonio

2009 *"El Derecho Constitucional a la Consulta Previa tras los sucesos de Bagua: la aplicación sistemática de la Constitución Política del Perú y el Convenio internacional 169 de la OIT"* en *Ius Inter Gentes* Año 6, N° 6. Lima.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

2008 *“Contenido ambiental de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de lo dispuesto por la Ley N° 29157”*. Lima

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2004 Sentencia del Expediente N° 0047-2004-AI/TC

2005 Sentencia del Expediente N° 0025-2005-PI/TC

2009 Sentencia del Expediente N° 0022-2009-PI/TC

Sentencia del Expediente N° 0023-2009-PI/TC

2010 Sentencia del Expediente N° 0002-2010-PI/TC

URTEAGA CROVETTO, Patricia

2008 *“Informe Socio Jurídico sobre Decretos Legislativos Vinculados a Derechos de Pueblos Indígenas”*. Lima. Consulta: 18 de setiembre de 2015

http://servindi.org/pdf/Ibis_Inf_SocioJuridico2008.pdf

YRIGOYEN, Raquel

2011 *“Derechos de los pueblos indígenas en las decisiones de los asuntos que les afectan”*. Punto Medio: Revista peruana de análisis, prevención y gestión de conflictos -- Año 4, N° 4. Lima.

ZAMBRANO CHÁVEZ, Gustavo

2011 *El debate de lo permisible: Cuestiones Teóricas para Pensar el Debido Ejercicio del Derecho a la Participación Ciudadana de los Pueblos Indígenas en la Dinámica alrededor del Aprovechamiento de Recursos Naturales”*. Revista Derecho y Sociedad, Año 22, N° 36. Lima.